

LA AUTORREGULACION COMO REGULACIÓN JURÍDICA *

José María de la Cuesta Rute
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
UCM

1.- Los Códigos de conducta y el Derecho.-

1.1.- Encuadramiento del fenómeno de la autorregulación.-

Los límites de mi intervención imponen que hayamos de tener aquí por presupuestas las referencias conceptuales del creciente fenómeno de la autorregulación al que vemos multiplicarse en diferentes sectores de la vida y con distinta significación. En nuestro caso se trata del campo de la actividad económica y, más concretamente, de la que se desenvuelve mediante el mercado. La autorregulación de la que debemos ocuparnos es la que tiene por objeto la conducta humana que exprese ya de presente un acto de cambio indirecto o bien esté llamada a traducirse en actos de esa naturaleza, es decir, de intercambio mediado por el dinero.

Interesa subrayar tan solo que, como el propio término expresa, la autorregulación no significa ausencia de normas reguladoras, sino que su significado se adquiere a partir del carácter de esas normas. Lo más que puede decirse en este momento sobre este particular es que tales normas se consideran, por lo general, ajenas al campo del derecho. Ampliando ahora la mirada, se tratará de normas técnicas, de *regulae artis* o de normas en todo caso derivadas de los conocimientos de expertos en la materia de que en cada caso se trate.

Es usual remitir al terreno de la ética las reglas que señalan una dirección a la conducta a cusa de razones orden distinto del meramente técnico. El recurso al mundo de la ética si bien resulta explicable, no es sin embargo aceptable. Es explicable desde el momento en que se piensa que lo propio de la ética es su pertenencia al mundo de la autonomía personal. Sin poder ahora detenernos en lo que hay de certero y de erróneo en el vínculo entre autonomía personal y ética, es imprescindible señalar que para quién, como es mi caso, participa de la concepción realista de la ética que la hace comprensiva tanto del campo de los bienes como de las virtudes como, en fin, de las normas, la autonomía del orden moral no puede significar otra cosa que no sea la imposibilidad de que ninguna instancia ajena al propio sujeto de la acción pueda obligarle a obrar de acuerdo a la norma moral; la autonomía personal no puede entenderse en el sentido de que esa norma sea fruto de la conciencia subjetiva. Definir a la regulación como autónoma solo expresa que las reglas reguladoras no proceden de los

*Texto de la Ponencia presentada al I Congreso Internacional "Códigos de conducta. Mercado. Publicidad y Mercados Financieros". Celebrado en la Facultad de Derecho UCM los días 6 y 7 de marzo de 2008. En su elaboración colaboró Enrique Núñez Rodríguez.

poderes públicos; la reconducción de la autorregulación al campo de la ética por ese simple motivo supone un reduccionismo inaceptable que injuria no sólo a la ética, sino incluso al derecho y, estoy por decir, que a la lógica y al sentido común.

Una vez entendida la autonomía personal del mundo moral del modo que se ha dicho, el fenómeno de la autorregulación, pese a su - equívoca- denominación, no resiste la más mínima confrontación con la regulación de la conducta proveniente del mundo de la moral, siquiera sea por la sencilla razón de que el fenómeno que nos ocupa comprende la imposición de las normas que lo integran por instancias distintas de la conciencia del sujeto llamado a observar aquéllas, como después veremos con mayor detalle.

Pero otras razones avalan además la impertinencia de remitir al fenómeno de la autorregulación al terreno de la ética. Los llamados “códigos de conducta” que vemos multiplicarse por doquier tienen el propósito de unificar y dar certeza a unas normas a las que se considera deben sujetar su acción todos los que practiquen determinada actividad u ocupen una determinada posición en la sociedad. Ahora bien, tales normas pueden estar lejos de recoger un determinado comportamiento por su bondad perfeccionadora del sujeto de la actividad o del que ocupa en la vida social la posición prevista. Incluso en el caso de que por el hecho de señalar cierta conducta como debida pudiera estimarse el código perteneciente al campo de una ética normativista o de deberes, aun en ese caso, y admitiendo por hipótesis el reduccionismo ético, no podría el código en rigor adscribirse a aquel campo por la circunstancia de haber sido generado en un centro carente de legitimación para imponer normas de validez general, que es la condición de toda norma ética incluso desde la reduccionista, repito, concepción de una ética de normas o de deberes.

No es ocioso insistir de nuevo en que la aplicación de los “códigos de conducta” no sólo no se confía al sujeto cuya acción habría sido entonces inspirada por su conciencia personal, sino que, por el contrario, la autorregulación constituye un todo sistemático que integra el momento de la producción de las reglas tanto como los de su interpretación y aplicación. La autorregulación implica un centro u organismo, más o menos institucionalizado, desde el que se dictan las normas y se imponen, de acuerdo además a como el mismo centro las interpreta.

No es extraño que los sistemas autorreguladores procuren cobijarse bajo la respetabilidad que acompaña a la ética. A ello contribuye además la estima que hacia ella parece haberse despertado especialmente en el terreno de la economía y los negocios, pretendida estima que, no por casualidad, va pareja con el desvío respecto del derecho por su proclamada falta de funcionalidad. La conjunción de ambos sentimientos puede revolucionar el río de tal modo que acaben por salir gananciosos aquéllos que solo tratan de incrementar sus capturas de peces, que son cabalmente quienes menos suelen preocuparse por el bien común bajo la apariencia engañosa de hacerlo.

Con toda razón se ha dicho que mejor que de códigos “éticos” es hablar de códigos de “buenas prácticas”, por entender que, a lo sumo, expresan estándares de conducta con un cierto reconocimiento social capaces de medir la diligencia o su carencia en el obrar susceptible de desencadenar la responsabilidad del sujeto. Mas, siendo esto así, es claro que las normas que los repetidos códigos integran lo mismo que los procesos de su aplicación previa interpretación de las mismas tienen que ser consideradas como pertenecientes al

campo del derecho. No es posible ni siquiera pensar en su pertenencia al mundo de los usos sociales, que es, junto a la moral y el derecho, el otro conjunto normativo llamado a regir el comportamiento del hombre. Y no es esto posible por cuanto que la infracción del uso social solo puede originar una sanción social, sanción que ni se desenvuelve mediante un proceso de imposición ni puede tener consecuencias de orden distinto sean económicas o jurídicas. La imposición de las reglas por el organismo autorregulador sería suficiente para excluirlas del ámbito de los usos sociales, pero, por si fuera poco, además la sanción aparejada a la acción infractora se traduce inmediata y directamente en consecuencias económicas y aun jurídicas. Por eso si se excluye al fenómeno de la autorregulación del mundo de la moral y del derecho, no puede alojarse sin más en el terreno de los usos sociales propiamente dichos, sino, en el mejor de los casos, en el de las prácticas emanadas de ciertos grupos o sectores interesados en que dichas prácticas se mantengan y prosperen. Pero en tal caso el fenómeno en cuestión resulta cuestionable desde el punto de vista del estado democrático de derecho que no puede constituirse a partir de una sociedad que no responda a la igualdad de todos los ciudadanos y en la se multipliquen centros de poder con capacidad normativa fundamentada en sectores sociales determinados.

La objeción parece tan insalvable que la única manera de no tropezar con ella consiste en reconducir el fenómeno de la autorregulación al campo del derecho.

1.2.- El carácter jurídico de las normas de la autorregulación.-

Sin desconocer la trascendencia de la ética también para el mundo de los negocios como para cualquier mundo que quiera ser humano, parece al menos una ingenuidad fiar tan solo a las normas del orden moral la regulación del desarrollo o desenvolvimiento de la acción humana, que, por serlo, implica relación, sociabilidad y que, por lo tanto, se produce en el seno de la sociedad cuya preservación es requerida en beneficio de la persona. Cualquier esfuerzo conducente a formar empresarios virtuosos será siempre bienvenido, pero aunque todos ellos lo fueren, siempre sería necesario completar el gobierno de la conducta del hombre a partir de otras determinaciones no pertenecientes al mundo de la moral, sencillamente porque así lo demanda la condición del hombre. La coercibilidad de ciertos comportamientos es sencillamente indispensable en un mundo humano.

Anteriormente me he referido a que el fenómeno de la autorregulación responde a la tendencia actual a escapar del mundo del derecho y de sus procesos propios de realización; y ciertamente hay motivo para recelar del derecho una vez que el positivismo rampante lo deja reducido, al menos en teoría, al ordenamiento integrado por normas legales que, además y por el proceso de deslegalización que acompaña al hoy claudicante, especialmente entre nosotros, principio de separación de poderes, acaban por emanar en gran parte del poder ejecutivo del Estado y, por si ello fuese poco, tienen unos contenidos normativos de asfixiante reglamentismo. Al calificar de éticos a los códigos utilizables en el campo de la autorregulación se patentiza la huída del derecho.

Pero si, como hemos visto, ni el fenómeno de la autorregulación puede en rigor remitirse al campo de la ética y si además, y como también acabamos de ver, no es satisfactorio reducir al

terreno de la ética la regulación de la conducta humana en todas las indefinidas vertientes y posibilidades de la acción, menos satisfactorio resulta todavía que se acuda a la autorregulación invocando la asfixia del reglamentismo jurídico estatal. Porque a un no menos desaforado reglamentismo de los códigos pretendidamente autorreguladores se une que ellos pueden servir para adormecer la conciencia sobre el valor de la acción moral dejando aparentemente reducidas las normas de este carácter a las rigurosamente positivas de los códigos, con el añadido de haber sido fijadas éstas, tanto en el momento de su producción como en el muy importante de la precisa determinación de su contenido a efectos de su realización, por centros de más que dudosa legitimidad. En razón de esto último, la autonomía que se evoca, lejos de significar que en la propia conciencia reside la autoridad para imponer la norma, expresa que ésta lo es tan solo por su aceptación voluntaria por parte de quien a ella decide someterse. Irremediablemente, y en el mejor de los casos, la pretendida moralidad de la norma no es otra cosa que moralina para incautos o, como también se señala, mero afeite que a duras penas consigue maquillar los más groseros intereses.

Concluyamos, pues, que el fenómeno de la autorregulación se inserta en el mundo del derecho, pero, siendo así, se hace necesario encontrar el lugar que dentro de éste le corresponde tanto por el carácter de las normas contenidas en los llamados códigos de conducta como por los procesos relativos a su realización. No es dudoso que las normas o reglas a que se atiene la regulación autónoma son, obvio es decirlo, de producción autónoma, entendido este término en el sentido de que no emanan de ninguna fuente que no sea la propia voluntad.

No es necesario adentrarse en el análisis de las fuentes del derecho para reconocer que nunca, tampoco ahora, la norma jurídica emana siempre del Estado. Ciertamente, a partir del Estado Moderno, se reconoce la primacía de la ley como expresión de la voluntad del poder soberano del Estado respecto a la general conformación jurídica de la sociedad. Pero aun así, y por limitados que sean los reductos a los que puede alcanzar, la costumbre, si bien sometida a la ley, continúa siendo norma jurídica pese a su emanación de la propia sociedad al margen del poder del Estado. La fuerza social que acaba por imponer sus usos o prácticas continuadas respecto de un sector de la vida siempre que no vayan contra la racionalidad y que sean acogidas por entender que se trata de normas de derecho, esa fuerza social es una fuente del derecho, siendo cabalmente consuetudinario el derecho que de ella brota. Es indudable que, según nos enseña la Hermeneútica, puesto que ninguna norma puede pretender decir en un determinado momento y para siempre todo lo que podría decirse, el derecho no puede reducirse a normas ya que siempre será necesario fijar su contenido para el momento de que se trate y para el problema que haya de ser jurídicamente abordado. De ahí el valor de la jurisprudencia no obstante la resistencia a elevarla al rango formal de fuente del derecho. Quizá para esto último no falten razones plausibles, pues la función de delimitación del contenido de la norma no sólo se efectúa por los órganos judiciales sino también, e incluso con referencia a las normas escritas, por medios ajenos a ellos; no digamos cuando se trata de normas consuetudinarias. Pero en cualquier caso el proceso o los procesos dirigidos a esa delimitación integran sin género de duda el derecho.

Ahora bien, aun reconociendo el hasta cierto punto proteico contenido del derecho así como la imposibilidad de reducirlo a normas, las de carácter jurídico se caracterizan por su

exigibilidad objetiva, esto es, porque se imponen al sujeto de la acción. Otra cosa bien distinta es que quepa contrastarlas con la voluntad de ese sujeto al que pudieran tener que imponérsele; de ese contraste se deducirá el carácter imperativo o dispositivo de la norma; pero obsérvese que la norma dispositiva no deja de ser objetivamente exigible, solo que se permite que pueda no serlo en determinadas circunstancias; cuando no se dan, la norma es exigible.

La autonomía de la voluntad es, pues también, origen de normas jurídicas, no puede no serlo al menos por lo que se refiere a la posibilidad de derogación, en su caso, de la regla heterónoma cuya aplicación se desplaza con la consecuencia de que han de ser reputadas jurídicas las normas que por decisión autónoma regirán en ese caso. Luego debemos concluir que la voluntad de los particulares tiene potencialidad suficiente para crear normas jurídicas; en cuanto jurídicas, esas normas vinculan al sujeto de cuya voluntad hayan emanado. Sin tener que pronunciarnos ahora sobre la discutida cuestión de la existencia del principio de que todo lo que no está prohibido expresamente, está permitido, baste señalar que allí donde se produzca una relación, que implique para los sujetos que en ella participen un programa de conducta, las normas delimitadoras de ese programa son de carácter jurídico; y lo son tanto preexistieren normas, legales dispositivas o consuetudinarias, reguladoras de las conductas como si no existiere hasta ese momento ninguna regla jurídica procedente de cualquier fuente.

Ahora bien, el presupuesto para atribuir a la autonomía de la voluntad la capacidad normativa creadora es que la relación a la que las normas deban aplicarse sea de aquellas cuya regulación se confía por el derecho a los que en ella participan o intervienen, y, por supuesto, que la regulación voluntaria se contenga dentro de los márgenes que dejan las reglas legales imperativas.

Se comprende que el reino propio de la creación de normas por la voluntad sea el de los contratos, pues ellos son precisamente los cauces jurídicos destinados a que todos podamos dar satisfacción a nuestras necesidades de todo orden siendo como somos limitados pero libres. No está de más recordar, no obstante, que múltiples circunstancias, a las que no son ajenas ni la despersonalización en los tratos negociales, ni el refinamiento en la búsqueda de la mayor persuasividad, ni la intangibilidad de muchos bienes ni la complejidad misma de la relación ni otras semejantes, parecen exigir un proceso imparable de reducción del ámbito confiado a la autonomía de la voluntad dentro del sector de los contratos.

Llegados al trance de tener que adscribir a un determinado *locus* dentro del derecho el fenómeno de la autorregulación, forzoso es reconocer que no hay otra posibilidad que la de remitirlo al campo de la autonomía de la voluntad desde el momento en que las normas que lo integran son de producción no estatal ni tampoco pueden estimarse usos sociales susceptibles de ser consideradas costumbres o, si se quiere rendir tributo a la terminología tradicional, usos normativos. Por lo que se refiere a esto último acaso no sea impertinente señalar que en las normas incorporadas a los códigos de conducta no se da ninguna nota caracterizadora de la costumbre; en efecto, si su manifestación por medio de una práctica social pudiera discutirse no es posible hacerlo respecto de la indiferencia del tiempo ni, menos todavía, por lo que se

refiere a la convicción de que esa práctica constituye una regla de derecho necesaria ni tampoco por su racionalidad medida por su adecuación a la ley.

Sentado lo anterior, es claro que, a pesar de que los elementos que lo componen son siempre los mismos, el fenómeno de la autorregulación no puede ser tratado como un fenómeno único. Sus distintas manifestaciones según sea la materia o el ámbito material que constituya su objeto merecen una valoración jurídica diferente. Deben ponderarse estos factores materiales o, si se quiere, los sectores concretos sujetos a la autorregulación a fin de poder emitir una opinión fundada acerca de los límites de su funcionalidad y, por consiguiente, acerca de su adecuación al orden jurídico. Esto, a mi juicio, tampoco suele hacerse en relación con los diferentes códigos de conducta, que, al presentarse como fruto de una actividad de producción autónoma de normas (en general, además según se piensa, como se ha repetido aquí, de carácter ético) de cuya aplicación se encargan órganos ajenos al poder judicial, que, por si fuese poco, actúan además (en general también) incluso al margen de las reglas del arbitraje, se consideran instrumentos de la autorregulación, a la que se hace objeto de consideración unitaria como si se tratase de un fenómeno único.

2.- La eficacia de las normas jurídicas emanadas de la autonomía de la voluntad.-

Aunque ya ha quedado apuntada anteriormente, es necesario insistir con mayor detenimiento en la importante cuestión de la eficacia de las normas jurídicas emanadas de la autonomía de la voluntad.

Toda norma jurídica encierra una pretensión configuradora del orden jurídico de la sociedad; en este sentido, su eficacia ordenadora tiene siempre un alcance general. Pero no todas las normas expresan ni pueden realizar tal pretensión del mismo modo. Mientras unas configuran el orden jurídico de manera inmediata y directa desde el mismo momento en que se ponen en la existencia, otras, por el contrario, sólo de manera mediata e indirecta contribuyen a aquella configuración. Incluso para quien participe de la sugestiva idea de que en realidad toda norma está permanentemente *in fieri*, con la consecuencia de que también lo está el orden jurídico, tiene que resultar indiscutible que en el proceso de formulación y reformulación de su contenido normativo no todas las normas ocupan la misma posición. En rigor, únicamente las que emanan de las fuentes del derecho formalmente reconocidas como tales -en nuestro sistema, *ley, costumbre y principios generales*- gozan de la capacidad de configurar directa e inmediatamente el orden jurídico; pero las normas creadas en virtud de la autonomía de la voluntad no dejan de contribuir a la configuración de ese orden sólo que lo hacen de modo mediato o indirecto en cuanto que, al ejercerse el poder para el que faculta la libertad, se está actuando, y de manera plena, conforme al principio que consagra la dignidad de la persona - en nuestro sistema, art. 10 CE- y potencia su desarrollo conforme al designio constitucional

Es usual referirse a la eficacia restringida de las normas generadas en virtud de la autonomía de la voluntad. Ciertamente su eficacia directa está limitada tanto por lo que se refiere a su extensión subjetiva como por lo que toca a la extensión objetiva o campo material confiado a

aquel poder autónomo como, en fin, por lo que concierne a su contenido o mandato. Residenciándose el poder de la autonomía de la voluntad para crear normas en el sector de los negocios jurídicos, es natural que la restricción del ámbito subjetivo de tales normas se sitúe en relación con los contratos. Recordemos la llamada eficacia relativa que respecto de ellos proclama el artículo 1.257 del Código civil; pero no olvidemos tampoco que, como se reconoce unánimemente, la significación del precepto es igualmente “relativa”. En cuanto al contenido de la norma, es claro que su mandato nunca puede ser contrario a la ley imperativa (dejemos ahora al margen la dispositiva, respecto de la que pienso, con un autorizado sector de doctrina, que puede ser desplazada si existen razones que lo justifiquen), y, en nuestro sistema, tampoco aquel mandato puede oponerse a la moral ni al orden público, como expresamente se dispone en el artículo 1.255 del Código civil.

Con referencia al contenido de las normas creadas por la autonomía de la voluntad es necesario decir que sólo pueden tener como ámbito material de juego aquel al que se extiende su eficacia ordenadora directa e inmediata que es el de las relaciones e instituciones en que participen o intervengan los sujetos que libremente se han impuesto tales normas; de este modo, su alcance material se conjuga con la extensión del grupo de sujetos sometidos a las normas.

La novedad que el fenómeno de la autorregulación trae no reside en el hecho de que para determinadas relaciones e instituciones puedan los participantes en ellas imponerse mandatos relativos a su conducta, lo que hay de nuevo es que tales mandatos se recogen en unos textos escritos -los códigos de conducta- en cuya elaboración no han intervenido -al menos de modo directo- todos los sujetos a quienes acabarán por aplicarse; por lo general, la aplicación se confía a órganos especializados, sean de orden administrativo o, incluso, ajenos a cualquier carácter público. Estos rasgos novedosos, que sin embargo no desmienten la verdadera naturaleza de las normas de que tratamos, son los que llevan a calificarlas como *soft law*, denominación que, si bien puede tener sentido en el mundo anglosajón, resulta por completo injustificada fuera de él. Porque “suave” o “duro” no parece que sean adjetivos que convengan al derecho; en realidad, y puesto que las normas de la autorregulación expresan pautas o estándares de la conducta debida según la concreta posición que se ocupe en una relación o institución jurídica, tales normas representan un paso en el proceso de fijación del contenido de las normas configuradoras de la relación o institución de que se trate a efectos de su aplicación al caso; subrayemos que en la aplicación casuística de toda norma un proceso de fijación del contenido es sencillamente insoslayable; pues bien, quien haya de aplicar las normas configuradoras, las normas que podríamos llamar, si se me permite la licencia, fundamentales a la relación o institución cuenta con el auxilio de estas normas de la autorregulación, de las que puede sin embargo apartarse siempre que el hacerlo esté justificado. Debe notarse que en los sujetos que llevan a efecto la aplicación quedan incluidos, y principalmente, los propios sujetos cuya conducta se somete a las normas; esto es, no ha de pensarse que el proceso que se ha apuntado sólo afecta al supuesto de aplicación forzosa de las normas, sino, al contrario, en el terreno en el que estamos se refiere principalmente a su aplicación voluntaria, aunque, por supuesto, no se excluye la forzosa, señaladamente por parte de los órganos propios de la autorregulación.

Lo dicho hasta ahora nos lleva a concluir que, situados en el sector del derecho privado, la autorregulación tiene como campo de operación apropiado el integrado por las relaciones e instituciones pertenecientes al tráfico patrimonial. Si dejamos al margen a los derechos reales respecto de cuya creación, como es sabido, se duda de la capacidad de la autonomía de la voluntad, nos queda reducido el campo al sector de las obligaciones y contratos. Pero si está justificado al hablar de unas y otras ampliar el horizonte para abarcar sobre todo a las relaciones obligatorias como situaciones más o menos duraderas o perdurables originadas por el contrato o, en general, por el negocio, es en ocasiones como la presente cuando se aprecia la utilidad del cambio de perspectiva. Ello nos va a permitir considerar tanto la conducta debida por los sujetos de la relación respecto de los demás sujetos intervinientes como las repercusiones de esas conductas respecto de los demás ajenos a la relación pero a quienes ésta alcanza.

Ciertamente el contrato, y en general, el negocio jurídico no es más que una forma de autorregulación de conductas y, en consecuencia, resulta ocioso plantearse ninguna cuestión relativa al fenómeno de la autorregulación con referencia a las conductas debidas por las partes entre sí. Pero la cuestión no resulta tan sencilla cuando se piensa que el contrato por sencillo que sea puede tener consecuencias o efectos para quienes son terceros respecto de él. Otro tanto sucede en aquellos casos en que se trata de instituciones jurídicas que si bien tienen un origen convencional generan un plexo de relaciones que vinculan a los sujetos que las integran con terceros o extraños a ellas.

En estos casos, cada vez más frecuentes por causas que no son de tratar ahora, las normas emanadas de la autonomía de la voluntad de los partícipes en el contrato o en la relación o en la institución que tengan consecuencias jurídicas para extraños difícilmente pueden considerarse “autorreguladoras” pues que no son producidas autónomamente por los extraños que soportarán los efectos sin embargo; en tal caso las normas exceden de la capacidad normativa creadora de los sujetos que tratan de imponerlas.

3.-Los códigos de buenas prácticas en el mercado.-

Al principio de mi exposición me he referido al mercado como el lugar en el que acreditan su eficacia los códigos de conducta que ahora nos interesan. En efecto, en el mercado tienen lugar las operaciones que, desde el punto de vista jurídico, suponen relaciones y situaciones a concernidas por aquellos códigos. No se falta al rigor al hablar de los códigos de buenas prácticas en el mercado.

3.1.- La necesidad de distinguir entre unos códigos y otros en razón del mercado de referencia.

Es sabido que, desde cierto punto de vista de la economía, no puede hablarse de mercado en singular pues que en atención a variadas circunstancias se diferencian distintos mercados; pero tampoco es desacertado considerar que, incluso desde cierto punto de vista también de

orden económico, puede tomarse el mercado en un plano de mayor abstracción capaz de presentárnoslo como un fenómeno único. De ambas maneras hemos de vérnoslas con el mercado aquí.

En primer lugar, debemos tomarlo en el último sentido indicado para que su definición sea abarcadora de cualquier mercado y, por consiguiente, delimite el campo dentro del que se hace necesario ponderar el valor y alcance de los códigos de buenas prácticas y, en general, del fenómeno autorregulatorio. Situados en dicho plano, concibo el mercado como un proceso abierto de comunicaciones del que resulta el conocimiento útil acerca de la más eficiente asignación de recursos. Para comprender en toda su fecundidad esa noción del mercado se hace imprescindible partir, guiados por los autores que contribuyen a elaborar el excelente *corpus* doctrinal de la Escuela Austriaca de economía, de la situación de ignorancia de todos los sujetos económicos no sólo acerca de la más eficiente asignación de recursos, sino incluso acerca de qué pueda ser un recurso y qué una necesidad que pueda y deba ser remediada, porque nótese que sólo a partir de los fines (necesidades) y de los medios (recursos) puede en verdad practicarse una asignación de los recursos cuya eficiencia pueda ser medida. En el mercado tienen lugar los procesos de ajustamiento de las acciones de los operadores gracias a los que se llega a salir de la ignorancia y a poder, en consecuencia, efectuar un cálculo racional para el futuro. Pero interesa añadir algo más; el conocimiento capaz de excluir la ignorancia se refiere al instante en que el sujeto realiza su acción y, por lo tanto, supone un punto de partida que la impulsa pero, por lo mismo, en ese momento ulterior de la acción ya efectuada la realidad queda cambiada con la consecuencia de que en su conocimiento interviene ahora el nuevo dato suministrado por la acción pasada. De ello se sigue que el proceso de mercado es inacabable, no tiene en rigor un punto de llegada, porque, y esto es quizá lo más relevante, la realidad sobre la que versa no existe de una vez para siempre de la misma manera que no puede existir un conocimiento acabado sobre esa inexistente realidad. Ésta se va construyendo gracias a las acciones de todos, con la inevitable consecuencia de que el conocimiento acerca de esa realidad sólo puede obtenerse de la información que suministra la observación del proceso mismo pero necesariamente entonces referido a un momento que desde el instante de la posesión del conocimiento es ya pasado. De aquí la idea de riesgo, pero también la del cálculo racional económico y también, la decisiva, de la posibilidad de incurrir en error; el atenerse al proceso del mercado no inmuniza, ni mucho menos, contra el error. En otro lugar me he referido al papel que en este proceso constitutivo del mercado juegan el empresario como ejerciente de la efectiva función empresarial, la publicidad y la competencia. Con esta simple llamada de atención espero que quedara patente la trascendencia que para el derecho tiene esta consideración abstracta del mercado susceptible por su nivel de abstracción de acoger a todos los diferentes mercados. Sobre estas cuestiones hemos de volver muy pronto.

Porque ahora interesa destacar que no nos es indiferente la distinción entre mercados. Recordemos que los códigos de buenas prácticas se afirman respecto de las relaciones y situaciones que se manifiestan en el mercado, por lo que el análisis jurídico de los códigos requiere precisar según el mercado sobre el que se proyecte cada uno. En este sentido, creo que la rúbrica y contenido de este Congreso así como el contenido de las Ponencias e intervenciones previstas, acordes por lo demás con la observación de los sectores en donde universalmente se han afirmado los códigos de conducta, inclinan a establecer una dicotomía

entre los códigos de buen gobierno o *gobernanza* que se van imponiendo en el ámbito de las sociedades, especialmente cotizadas en Bolsa, y los códigos de conducta que se afirman con referencia a la publicidad por motivos de protección de los intereses económicos de consumidores o de protección de la salud, o de la infancia y juventud y, en general, de prevención contra la competencia desleal o preservación de la deontología profesional y cosas semejantes.

Ciertamente pudiera pensarse que los códigos de buen gobierno no se refieren propiamente a conductas que tengan que ver con un mercado. Sin embargo una conclusión de este tipo sería precipitada por los siguientes motivos. En primer lugar, porque no es desdeñable la llamada teoría contractual de la empresa, que aplica las categorías propias de las operaciones de mercado a todas las relaciones contractuales a que puede reconducirse la organización empresarial. Pero no se necesita sin embargo profesar dicha teoría, al menos en plenitud, para aceptar que existe un mercado de empresas en el que desde luego no puede dejar de influir lo estatuido en ese caso para la gobernanza de la sociedad empresaria; esta es la segunda razón por la que resulta apropiado vincular los códigos de buen gobierno a un mercado. En tercer lugar esa vinculación es a mi juicio pertinente por la relevancia que alcanza lo que concierne al buen gobierno de la sociedad en los mercados de valores, organizados o no, pero especialmente en la Bolsa.

La distinción entre mercados para los que resultan relevantes los códigos de conducta se debe establecer, pues, según se trate del mercado bursátil o de mercado no bursátil. Efectivamente en la realidad fáctica los códigos de conducta se afirman como códigos de buen gobierno o como códigos del otro sector que he dejado señalado antes, y que es, por otro lado, el sector en el que ha arraigado, con fuerza indiscutible entre nosotros, el fenómeno de la autorregulación, en especial a partir de la significativamente llamada Autocontrol de la Publicidad que fue la denominación adoptada inicialmente por la Asociación que se arrogó la potestad reguladora y que hoy ha pasado a llamarse Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.

Ahora bien, es fácil apreciar el diferente alcance material de unos y otros códigos. Mientras los de buen gobierno tienen trascendencia para el mercado bursátil, los otros la tienen para cualquier mercado, incluido también, en cierto modo, el bursátil. Porque estos últimos códigos tienen como referencia para su aplicación las posiciones que ocupan en el mercado, en cualquier mercado sin excluir a la Bolsa, los sujetos que en él actúan. Se puede decir, pues, que unos códigos se centran en aspectos que conciernen al objeto de los negocios o relaciones propios de un mercado concreto y los otros, en el comportamiento que se espera de los sujetos en un mercado. Es claro que, no obstante ser diferente el centro sobre el que recae el foco de los códigos, no puede evitarse ni que los primeros se extiendan además a cuestiones relativas a la conducta de quienes operan en el mercado en cuestión ni que los segundos tengan en ocasiones que referirse a aspectos que conciernen a los bienes y servicios que se negocian en los mercados. Pero, en todo caso, el designio de cada serie de códigos les confiere una impronta suficientemente relevante para distinguirlas en el terreno jurídico en que nos encontramos ahora situados.

De lo dicho podemos deducir que en realidad la distinción de que tratamos aquí entre los códigos de buen gobierno y los demás se establece no tanto en atención a los mercados a que se refieren unos y otros como a la diferencia entre los aspectos del mercado que tienen en cuenta. Los primeros, tratan de los comportamientos que deben observarse en función de la determinación de las ofertas en un mercado en cuya estructura propiamente no influyen tales códigos; por el contrario, los segundos afectan directamente a la estructura de los mercados. Por lo tanto, es claro que a la hora de su ponderación jurídica unos y otros han de confrontarse con distintos sectores del ordenamiento jurídico sin que pueda resultar satisfactoria la conclusión única que se hiciera derivar de la confrontación que se practicara con un solo sector del ordenamiento como si todos los códigos lo tuvieran como contraste obligado independientemente de su contenido.

3.2.- El interés público en el buen funcionamiento del mercado.

No obstante lo anterior, unos y otros códigos -no importa repetirlo- tienen en común el referirse de una u otra manera al mercado, entendido como el modo en que, según la Constitución, han de producirse los procesos de orden económico (cfr. art. 38 CE).

La constitucionalización del sistema de economía de mercado tiene como consecuencia inmediata que haya de reconocerse inexcusablemente el interés público en que el mercado funcione bien, esto es, según sus propias reglas técnicas dirigidas a salvaguardar la pureza del proceso de interacción entre una inmensa multitud de personas, cada una de las cuales actúa según el conocimiento que le dispensan las informaciones obtenidas hasta ese momento del propio proceso, de acuerdo con el cual pueden descubrirse nuevos fines y nuevos recursos o medios para alcanzarlos.

La opción constitucional por el sistema de economía de mercado es incuestionable por lo que ni nos toca en este momento juzgar sobre el acierto del constituyente ni tampoco puede simplemente negarse por el hecho de que el texto constitucional, de manera por cierto más que discutible desde el punto de vista de la técnica jurídica, se refiera a la viabilidad de políticas económicas de difícil coordinación con el sistema de mercado pero de textual consistencia con la Constitución.

Si la Constitución opta por el sistema de mercado, éste ha de poder operar como el regulador de los procesos económicos de acuerdo con sus reglas y principios propios para rendir la utilidad que de él cabe esperar en provecho de toda la sociedad. El carácter público del interés en el buen funcionamiento del mercado significa que todos los miembros de la sociedad sin excepción alguna obtienen ventaja de ello. Al expresarme así, anticipo mi opinión respecto del desenfoque que representa considerar aisladamente cada una de las facetas o aspectos en que puede sentirse la relevancia del buen funcionamiento del mercado. Todas ellas han de considerarse conjuntamente porque conjunto o articulado o estructurado es el proceso mismo en que el mercado consiste, con la consecuencia de que su resultado ha de ser valorado también como un todo con referencia al conjunto no menos articulado de la sociedad. Quiere decirse que no son pertinentes los desdoblamientos que muy frecuentemente se producen, y precisamente en relación con el tema de que estamos tratando aquí, que llevan a desintegrar

el interés en el funcionamiento del mercado para hacer visibles unos supuestamente distintos intereses de los que son portadores diferentes grupos sociales que se estiman integrados por quienes, por hipótesis, ocupan variadas posiciones en el mercado. De este modo, incluso aun cuando se admite la existencia de un interés *público*, a su lado se señalan también como dignos de consideración los intereses *particulares* de los operadores profesionales en el mercado y los intereses *difusos* de los consumidores o usuarios, a los que aquellos otros se contraponen. Cuando se procede así, tras quedar acreditado que no se entiende el significado del mercado, nos quedamos sin saber qué entienden por interés *público* quienes mantienen su posibilidad de coexistencia con otros intereses que no lo son y con los que aquél puede colisionar tanto como pueden colisionar también esos otros intereses entre sí.

La consideración de un interés *particular* o propio de los operadores profesionales distinto del propio de consumidores o usuarios sólo tiene sentido, y, a mi juicio, aun así bien dudoso, si se toma como puro punto de partida lógico del proceso mental de cada sujeto que desembocará en determinarse a la acción como tal operador, vale decir a la acción *empresarial*. Pero al llevar a cabo los actos de la actividad empresarial, el sujeto se deberá atener a la información que le suministra el mercado si es que no quiere ser excluido del mismo con las pérdidas consiguientes; y notemos que esa información procura conocimiento respecto de las actitudes y, por lo tanto, de los intereses de consumidores o usuarios. O el operador profesional ajusta su conducta al interés de consumidores o usuarios o sucumbirá, víctima precisamente del desvío de estos sujetos. El mercado es, pues, el mejor, acaso el único, sistema para el ajustamiento de los intereses que inicialmente pudieran ser vistos idealmente en confrontación. Cabalmente por ello puede hablarse de un interés *público* en el buen funcionamiento del mercado; ese buen funcionamiento es la garantía de la satisfacción tanto de operadores profesionales como de consumidores y usuarios, con el efecto por añadidura de que, gracias a esa satisfacción general, se podrá ampliar el horizonte de nuevas metas referentes a nuevos fines y a nuevos recursos para alcanzarlos.

Pensar de este modo no es muestra de ninguna ingenuidad. Naturalmente que no se niega que actos concretos de operadores profesionales puedan no atenerse a las reglas del mercado y que, por lo tanto, con esos actos se infiera lesión a los intereses de consumidores o usuarios. A impedir los actos contrarios a las leyes del mercado deben enderezarse las normas jurídicas llamadas a sostenerlo. Ahí es donde encuentran su razón de ser los códigos de conducta, como manifestación de normas jurídicas de un carácter junto a otras normas jurídicas de carácter distinto.

En definitiva, pues, el interés *público* en el buen funcionamiento del mercado ha de ser inequívocamente salvaguardado por todo código de conducta cualquiera que sea su finalidad y alcance. Y en este punto y desde esta perspectiva se confirma la necesidad de distinguir entre los códigos según sea el plano de los procesos del mercado en el que se produce su incidencia directa.

Porque se actúa contra el mercado, y, por lo tanto, se impide su buen funcionamiento, en toda acción con trascendencia en el mercado que no respeta la *soberanía del consumidor*. Es difícil acuñar fórmulas nuevas que sean tan expresivas como las clásicas, por lo que no debemos renunciar a utilizarlas por mucho que hayan sido objeto de críticas, cuya falta de fundamento

exime de toda preocupación por rebatirlas. Al invocar el principio de *soberanía del consumidor* no se está incidiendo en ninguna ingenuidad por dejar de tenerse en cuenta las poderosas y sofisticadas formas del marketing y de la comunicación modernos. Vaya por delante la aclaración de que, en razón del contexto en que nos encontramos, con el término *consumidor* designamos a todo el que se encuentra en la posición de demanda -que es lo que sucederá por lo general- o de oferta de bienes o servicios que son ofertados o demandados respetivamente por quien ha expresado esta iniciativa en el mercado de que se trate. Adviértase que para nada se tiene en cuenta ninguna cualificación subjetiva de aquél a quien designamos *consumidor* -si bien, por lo general, será alguien que actúa al margen de su actividad profesional (cfr. art. TRLGDCU)- como la de quien ha expresado su iniciativa en el mercado -si bien se tratará, por lo general, de un operador profesional-. Tanto da, en efecto, la particular cualificación que pueda tener uno y otro sujeto desde otros criterios porque, a nuestros fines, esto es, los de determinar el funcionamiento del mercado, lo que importa es que *soberano* sea quién esté en condiciones de secundar la iniciativa del que buscaba en el mercado contrapartida a su propuesta.

Vistas así las cosas, pierden sin duda significación como instrumentos perturbadores para el ejercicio de la *soberanía* las modernas, sutiles y sofisticadas formas de la comunicación comercial y el marketing, pero además el principio de *soberanía del consumidor* no ve comprometida su vigencia por robusta que sea la influencia de tales técnicas en la conducta del *consumidor*. En primer lugar, porque no hay ninguna razón para negar que una decisión para ser soberana haya tenido que ser adoptada de forma espontánea y sin influencias externas; pero en segundo término, sobre todo, porque el repetido principio debe gobernar precisamente el uso de las técnicas del marketing y de la comunicación comercial modernas a fin de salvaguardar la *soberanía* en la adopción de la decisión. No hay que echar por la ventana el repetido principio precisamente cuando más necesario se hace.

Su significación se alcanza cuando, con verdadera voluntad de traspasar los juegos de la pura retórica, se descubre toda su rica virtualidad. El principio de *soberanía del consumidor* es la clave del arco del mercado, que exige por lo pronto libertad; libertad que tiene que manifestarse en el establecimiento por cada uno tanto de sus necesidades como del modo de aplicar a su satisfacción los recursos de que dispone. Tanto una como otra determinación se adopta en función de la información que el mercado proporciona. Por eso mismo quienes operan en el mercado en el papel de dispensador de bienes (incluido el dinero en los supuestos en que el *consumidor* según hemos dicho antes ocupe una posición de oferta) o servicios han de adecuar necesariamente sus acciones a lo que, según la información del propio mercado, presumen que tendrá buena acogida que se expresará en contrapartidas satisfactorias. Pero, además, y a ello subviene el principio de que tratamos, es necesario para que la determinación sea efectivamente libre que el *consumidor* pueda elegir y pueda hacerlo con exención de coacción y con pleno conocimiento de lo que se le ofrece y de las condiciones en que se le ofrece.

En relación con estas últimas dos condiciones se afirman los códigos de conducta, pero con campos de eficacia diversa. Distinto ha de ser, pues, el juicio jurídico que merezca su implantación.

3.3.- Los códigos de conducta y el marco institucional del mercado.

Los códigos de buen gobierno tratan de aspectos referidos a la relación de sociedad. Aunque tengan sin duda eficacia sobre núcleos de intereses extraños o ajenos a la sociedad, esta eficacia no se traduce en la imposición de obligaciones, deberes o cargas para sujetos extraños a la sociedad; al contrario. Cualquiera que sea el juicio que pueda merecernos el sentido de la gobernanza, de lo que no es ocasión de tratar ahora, es lo cierto que ésta se establece en atención a la consideración que se supone deben merecer en justicia grupos de interesados distintos del que constituyen los socios de la sociedad (*stakeholders*). En consecuencia, los códigos que estatuyen la gobernanza por definición no ponen a cargo de nadie ajeno de la sociedad ninguna obligación, deber o carga, sino que, por el contrario, los ajenos a ella son beneficiarios de los deberes de conducta de los órganos de gobierno de la sociedad, que es así la única que resulta obligada. En el caso de los códigos de conducta se da cumplimiento a la primera condición para que pueda hablarse propiamente de autorregulación que, como sabemos, exige la adecuación entre las normas emanadas de la autonomía de la voluntad y el campo material de eficacia de tales normas, en el doble sentido, positivo, de que se trate de materia disponible por esa autonomía, y, en sentido negativo, de que no lleguen hasta alcanzar al comportamiento de personas que no hayan manifestado su propia voluntad respecto de las normas en cuestión.

Ciertamente los códigos de buen gobierno inciden sin género de duda en el mercado, en la Bolsa. Pero esta incidencia se produce también por un doble motivo. De un lado, repito que con razón o sin ella, se considera necesario que, al menos, toda sociedad cotizada tenga regulado todo el entramado de intereses que expresa la *gobernanza*, dejándose a la autonomía de la voluntad el poder de determinación de las normas reguladoras mediante un código de conducta al que habrá de atenerse singularmente el órgano de administración de la sociedad en todos sus actos tanto en la esfera interna como en la externa bajo la regla de “cumple o da explicaciones”; el código de conducta se conjunta con las demás normas constitutivas del ordenamiento de la sociedad de que se trate; la importancia de este subconjunto normativo impone que su existencia y contenido se hagan manifiestos en el mercado de los títulos emitidos por la sociedad. Cuestión esta última que enlaza con el segundo motivo por el que los códigos de buen gobierno trascienden al mercado y que no es otro que la necesidad de que en la Bolsa se suministren informaciones específicamente previstas acerca de los bienes que en ella se negocian y que sustituyan la inexpresividad que los valores por sí mismos tienen respecto de las condiciones capaces de fundar un juicio acerca de su deseabilidad cuya medición determina su precio. De hecho, ciertas informaciones se imponen en el mercado bursátil debido a que sin ellas no se tendrían referencias respecto de los objetos mismos que en ese mercado se negocian, con la consecuencia de que, en ausencia de tales informaciones, no se podría hablar en rigor de un verdadero mercado; la búsqueda de su mayor eficiencia exige afinar al máximo en todo lo que se refiere a transparencia, a cualidad de la información e, incluso, a su cantidad. Si en todo mercado la información es esencial, pues que en definitiva el mercado mismo se resume en procesos de información, en los mercados en que se negocian valores no es que sea más importante que en otros sino que necesariamente la información que en ellos se procesa tiene que producirse por medios

distintos a los de otros mercados que suplan además la inexpressividad del objeto de los intercambios. No cabe duda de que, sin perjuicio del valor que pueda reconocerse a las informaciones atendidas a otros paradigmas, la realidad ha venido a demostrar, y no sin un alto costo, que el llamado análisis fundamental resulta indispensable, y, en consecuencia, la información al mercado acerca de los códigos de conducta resulta obligada. Códigos de conducta, no se olvide, que responden además a lo que en una sociedad democrática moderna constituye el armazón del derecho por lo que se refiere al modo de producción de sus normas en conjunción con los ámbitos de la autonomía de la voluntad y al poder configurador de aquéllas o a su capacidad reguladora.

Las cosas son por completo diferentes cuando de los códigos de buen gobierno se pasa a examinar los otros que fundamentalmente se refieren a la conducta que debe observarse en las operaciones de mercado; códigos estos últimos cuyo cumplimiento se confía además a órganos ad hoc surgidos también de los propios grupos interesados en que los códigos se cumplan. Como es sabido, tales códigos y tales órganos se refieren a las comunicaciones comerciales. Esta es ahora la denominación preferida ahora por su capacidad abarcadora tanto de la publicidad comercial como de otras técnicas no estrictamente publicitarias desde el punto de vista comunicacional pero que tienen sin embargo en común el referirse al modo de implantación de los bienes y servicios en el mercado así, incluso, como de los que los producen, procuran o comercializan.

Como ya anticipé anteriormente, no cabe desconocer que la diferenciación entre mercados por razón de los bienes que en ellos se negocian o, incluso, por otras circunstancias dan lugar a códigos de conducta específicos; tampoco debe ignorarse que no todos los códigos tienen su origen en un mismo grupo o sector ni que el cumplimiento de todos ellos se confía al mismo organismo. Pero todas esas diferencias son irrelevantes para nuestro actual propósito, pues que en todo caso los códigos y los organismos llamados a aplicarlos responden al mismo eje de coordenadas que delimita un campo en que i) los códigos proceden de sectores sociales interesados en el mercado que en ellos se considera, ii) los órganos llamados a interpretarlos y aplicarlos son ajenos al orden jurisdiccional y ni siquiera de ellos puede predicarse una naturaleza arbitral y, finalmente, iv) las normas se refieren a la conducta que debe observarse en el mercado en relación con lo que es el proceso mismo del mercado. La identidad de estos rasgos definitorios nos permite tratar conjuntamente de todos los códigos y formas de esta llamada autorregulación, que, por lo demás, entre nosotros se manifiesta como un sistema único dado el monopolio que ejerce en cuanto a la interpretación y aplicación de los distintos códigos una única Asociación, que, por si fuera poco, aplica también sus propios códigos que son de más general alcance que los procedentes de sectores concretos cuya aplicación se le confía.

Queda patentizada así la corrección de proceder por nuestra parte a la unificación en el tratamiento pese a la diversidad de códigos, puesto que nuestra dedicación no se refiere a los contenidos normativos concretos de los códigos, sino a la pertinencia de los códigos mismos en cuanto que sus normas y la interpretación y aplicación suya tienen el mismo grado de incidencia en el mercado.

Esa incidencia es la que resulta más que discutible. Porque el hecho es que se produce en lo que viene llamándose el marco institucional del mercado. No debemos extendernos sino que baste recordar que en la actualidad ha arraigado la convicción de que el derecho debe aportar su contribución al sistema de economía de mercado procurando establecer y mantener el entramado jurídico necesario para la conservación de los procesos de mercado para que pueda cumplir su fin del modo más eficiente. Nada menos que esa apelación al derecho en este punto se realiza por la misma Constitución en su sección de constitución económica. Que exista ésta y que se constitucionalice el sistema de mercado exigen atenerse a lo que la economía nos dice acerca del mercado; principalmente, importa señalar que un rasgo del mercado lo constituye el responder a un sistema de competencia. Por otra parte, no deja de ser significativo que el precepto constitucional que proclama el sistema de economía de mercado comience precisamente por reconocer el derecho a la libertad de empresa. En otro lugar me he detenido en destacar la significación de este derecho para el mercado y para la competencia. Baste ahora señalar que la referencia al derecho a la libertad de empresa invita a pensar que el mercado competitivo en que la Constitución piensa se ofrece como el lugar en que se ejerce la actividad propiamente empresarial de descubrimiento de nuevos fines y de nuevos recursos que se contrastará en los procesos del mercado, que habrá de permanecer siempre abierto a nuevos hallazgos o a los cambios que aquellos procesos aconsejen, porque la libertad no garantiza el acierto, los procesos comunicacionales del mercado no aseguran contra el error.

Es claro que los códigos de conducta de que ahora tratamos inciden de lleno en el marco institucional del mercado. Porque al imponer o prohibir determinados comportamientos en el mercado se incide en la competencia tanto como en el derecho a la libertad de empresa. Y esto es lo que hace problemática la admisión del sistema autorregulador de las comunicaciones comerciales. Tampoco podemos en este momento explayarnos sobre el significado de la publicidad y demás técnicas de la comunicación comercial como elementos indispensables para la actividad empresarial y para la competencia y, por ende, para el mercado mismo. Es innegable entonces que las limitaciones de la publicidad o de las comunicaciones afines que se contienen en los códigos impactan de lleno en el marco institucional del mercado.

Naturalmente que se aducen motivos para imponer tales limitaciones, motivos que suelen referirse a derechos o bienes o intereses incluso constitucionalmente reconocidos, tales como la salud, la seguridad, los derechos económicos de los consumidores y otra serie de supuestos o incluso reales bienes que pueden hacer interminable la lista de motivos por los que deben imponerse limitaciones.

Aparte de que los motivos no siempre son razones, y mucho menos en el orden jurídico puesto que para ser razonable, el motivo ha de estar jurídicamente justificado, desde un primer punto de vista se hace inicialmente problemática la admisión del sistema autorregulador de que estamos tratando. Dada la incorporación de las comunicaciones comerciales a derechos y garantías institucionales incorporadas a la Constitución, es llano que cualquier limitación tiene que provenir de la consideración de otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos también con los que aquellos otros han de ajustarse necesariamente; ajustamiento que ha de resultar de un juicio de necesidad y de

proporcionalidad como tiene reconocido nuestro Tribunal Constitucional, y para el caso de la publicidad en concreto el Tribunal de la Unión Europea. Es más que razonable preguntarse si el Jurado de la Asociación para la Autorregulación u otro organismo semejante están legitimados para realizar una tarea de tanta finura jurídica y de tamaño trascendencia dado que se estará afectando a la urdimbre más significativa de la vida social y política como es la que constituye el sistema de los derechos fundamentales. La respuesta nos viene dada por la misma experiencia que se deduce de las resoluciones del Jurado.

La cuestión, como puede advertirse, no se limita a la de si el Jurado puede o no aplicar normas jurídicas. Esa es lo que podríamos decir una pseudocuestión que puede contestarse con bastante simplicidad de modo que deje satisfecho a quien se la plantee. Normalmente para liberarse de una acusación así, se destaca por los partidarios o interesados en el sistema tanto el carácter ético de las normas como el carácter voluntario de su observancia y del sometimiento a los dictados del Jurado como, en fin, la apertura a los Tribunales de Justicia que se mantiene con independencia de la intervención del Jurado.

Ya sabemos que las normas no pueden ser consideradas de carácter ético; por otro lado, es más que dudoso que sólo se apliquen a quienes de manera voluntaria las adoptan habida cuenta la coacción que en variados aspectos se ejerce para que se produzca la adopción y las consecuencias negativas que se siguen para el que no se somete a ellas, pero, sobre todo, no se puede invocar en este trance la autonomía de la voluntad como fuente de las normas porque en modo alguno existe correlación entre ese poder normativo y el campo de relaciones materiales que pueden ser regidas por las normas que de él emanen.

En esto último reside la verdadera cuestión que se presenta como problemática. Porque, como acabamos de ver, ni siquiera el nudo de la cuestión consiste en el carácter de las normas cuya aplicación se confía al Jurado, respecto de lo que podría pensarse que debe venirle vedada la actuación si se tratare de normas legales; ciertamente la aplicación de normas legales por el Jurado, con ser grave, no resulta sin embargo algo definitivo, puesto que los jueces y tribunales no tienen el monopolio de la aplicación del derecho, ni siquiera en caso de conflicto o controversia, para los que puede recurrirse al arbitraje o a la mediación; otra cosa es que sólo los jueces y tribunales cuenten con el poder de llevar a ejecución lo resuelto por ellos, para lo que cuentan con el ejercicio de la coacción derivada del poder ejecutivo del Estado. En todo caso, la aplicación de normas legales por el Jurado en el trance de efectuar la función que se le ha atribuido en el sistema autorregulatorio lo único que postula es un marco procedimental acorde con los principios de audiencia y de contradicción y su apertura a la revisión jurisdiccional; por lo que se refiere a esto último, la sumisión al Jurado no excluye acudir a los tribunales de justicia. Otra cosa es, dicho sea entre paréntesis, que los órganos de la jurisdicción no se sientan inclinados a corregir sustancialmente lo sentado por el Jurado en sus resoluciones, aunque, por fortuna, no faltan casos ejemplares en que el tribunal se ha apartado de ellas.

Centrar el problema en si el Jurado puede o no aplicar normas legales es, a mi juicio, desenfocarlo, porque lo realmente problemático está en que la actuación del Jurado, aplique las normas que aplique, incluso si son las del código de conducta integrante del sistema autorregulatorio, incide en campo tan sensible como para ser reducto del ordenamiento

constitucional. Y esto en un doble sentido; en cuanto que incide en la configuración de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, primero, y en cuanto que incide en el mercado que es garantía institucional del sistema económico constitucionalizado, después. En el fondo, como se advierte, el nudo problemático respecto de los códigos de conducta que no son los de buen gobierno o gobernanza está en que el entero sistema autorregulatorio que se pone a su servicio tiene su campo de operación en un terreno no susceptible de regulación derivada de la autonomía de la voluntad.

Anteriormente ha quedado apuntada la improcedencia de que el Jurado actúe en aplicación de normas dirigidas a proteger teóricamente bienes o derechos constitucionalmente reconocidos. Y nótese que, a estos efectos, tanto da que se trate de normas legales o de las contenidas en los códigos propios del sistema autorregulatorio, porque la improcedencia no deriva sólo del carácter o condición de la norma de que en cada caso se trate, sino de la carencia de jurisdicción por parte del Jurado para efectuar la delicada operación de ajustamiento de los respectivos “contenidos esenciales” de los derechos que deban coordinarse en el caso. Además, y teniendo en cuenta que ninguna norma, incluso escrita y escrita en la ley, tiene su contenido definitivamente expresado, sino que, por el contrario, normalmente señala el punto de origen del razonar jurídico, las normas contenidas en los códigos de conducta con el designio de proteger derechos o bienes ante las comunicaciones comerciales de los operadores económicos se hacen por sí mismas cuestionables ya que, aun en el supuesto de que el derecho o el bien estuviere reconocido en la Constitución o en las leyes, aquellas normas representarían un paso en el proceso de positivación con el que ni la Constitución ni las leyes han contado y al que habría de sujetarse sin embargo el Jurado al dictar su resolución.

Creemos que con lo dicho es suficiente para algo más que poner en cuarentena todos los códigos de buenas prácticas en virtud del contenido de las normas que se refieren a la supuesta protección de derechos o bienes de grupos de destinatarios de las comunicaciones comerciales. Pero sinceramente pensamos que las mayores objeciones se suscitan al contemplar la incidencia del sistema autorregulatorio de que ahora tratamos en el marco institucional del mercado.

Situados en ese terreno, conviene recordar que el mercado se articula en torno al derecho a la libertad de empresa y a la competencia como situación objetiva condicionante de ese derecho, y bajo el principio de soberanía del consumidor. Desde el punto de vista que extiende el horizonte hasta alcanzar el panorama del mercado entendido del modo que acaba de exponerse, el sistema autorregulatorio de las comunicaciones comerciales con sus códigos de conducta y su órgano ad hoc de aplicación suele justificarse sobre la base de ser pieza irremplazable para evitar que se produzcan actos de *competencia desleal* con la consiguiente utilidad para el buen funcionamiento del mercado. Es claro que en semejante proposición van implícitas varias cuestiones del mayor interés para nuestro propósito. En primer lugar, que el grupo del que dimana el código está legitimado para definir las conductas en relación a su lealtad o deslealtad en la competencia mercantil; en segundo término, va implícita una concepción de competencia en el mercado que está lejos de ser inocua, tanto, al menos, como de ser acertada, y de la que se sigue, también un concepto implícito de deslealtad que merece, cuando menos, ser sometido a un análisis desde una correcta concepción del mercado y de su esencial ingrediente, la competencia.

Por desgracia carecemos ahora de tiempo para dedicar a las cuestiones indicadas todo el que por su importancia requerirían. Pero seguramente bastan unas palabras para centrar el problema, habida cuenta que podemos beneficiarnos aquí de lo dicho anteriormente sobre el modo como concibo, de acuerdo con la Escuela Austríaca de economía el mercado y su constitutivo esencial, la competencia.

Sustentada ésta en el principio de soberanía del consumidor, no puede dejar de concebirse únicamente en beneficio del *consumidor*, entendido del modo que sabemos. De donde se sigue una concepción de la competencia que sólo ha de tener en cuenta el *interés público* en que se mantenga. El derecho debe velar por que la competencia se preserve dado que solo el mercado - sería redundante decir competitivo puesto que en ausencia de competencia no hay mercado- sirve al interés público en el terreno económico. Por esa razón el derecho estatuye el marco institucional indispensable al funcionamiento eficiente del mercado. La competencia no significa rivalidad entre competidores por la necesidad de sobrevivir a costa del otro. Esa visión darwinista de la competencia es por completo inapropiada, porque parte de la creencia de que la rivalidad por superar a los competidores en el aprecio de los consumidores se traduce en un juego de suma cero, cuando no es en modo alguno así. Concebida la competencia como la posibilidad de actuar (o dejar de actuar) en el mercado determinando las circunstancias de la posición que quiera mantenerse según las informaciones obtenidas del proceso constitutivo del mercado mismo, informaciones a las que contribuye la propia acción tanto como las de los demás que continúen ininterrumpidamente el proceso, ha de concluirse que la noción de competencia, sustancialmente distinta de la que, calificándose de *perfecta*, parte de una situación de equilibrio, basada a su vez en el óptimo paretiano. En el irreal modelo de la competencia perfecta, si tiene cabida una visión darwinista tanto como la que la convierte en un juego de suma cero. Interesa señalar que estas mismas inspiraciones son apreciables en el modelo de competencia *efectiva o practicable* que ha sustituido a aquél otro especialmente en el terreno del derecho y de la jurisprudencia, pero que sin embargo no desmiente la identidad de su raíz con la que alumbró la noción de competencia *perfecta*, por lo que ambos modelos se hacen igualmente rechazables. Y lo son por partir de la existencia de un conocimiento (que a lo más que se llega es a considerarlo oculto) acerca de fines y de recursos o medios que está ya distribuido de la manera mejor posible entre quienes operan en el mercado para que ninguno de ellos pueda llegar a imponer en él sus propias condiciones. Nada de esto es por supuesto real, pero, además, la situación describe una realidad de la que está precisamente ausente la competencia. De acuerdo con el concepto de sucedáneo de competencia que se desprende de los modelos dichos, todo acto competitivo se concibe como afrentoso para los demás rivales o, al menos, para alguno en particular, y, puesto que la competencia merece ser salvaguardada, al derecho corresponde marcar el lindero que, señale de una parte, los actos proscritos por impedirla o restringirla y, de otro, los actos proscritos por conducirse en la lucha competitiva de una manera desleal hacia los demás competidores. Así quedan separados los dos sectores del ordenamiento que se ocupan de la defensa de la competencia y de la competencia desleal.

Mientras que respecto de la defensa de la competencia, mal pero significativamente llamado derecho *antitrust*, siempre se ha considerado que latía un interés público, el derecho definidor de la competencia desleal se consideraba inicialmente tributario de los intereses particulares de los competidores; tuvo que pasar mucho tiempo para advertir que ambos subconjuntos

normativos se integran en un conjunto único por dirigirse ambos a tutelar aunque de distinta manera el bien de la competencia en el mercado. Conviene decir, que no obstante la percepción indicada, todavía se mantiene, con evidente incongruencia lógico-jurídica, la diversidad de intereses que confluyen en uno y otro campo del ordenamiento. Si respecto del relativo a la defensa de la competencia se piensa incluso, y creo que con razón, que sus normas enuncian contenidos de orden público, las normas legales que enuncian de manera general o que tipifican conductas desleales se tratan por la doctrina y, lo que es peor, por la jurisprudencia según se considere que protegen intereses de competidores o de consumidores y, desde luego, sin prestar la atención que merece al interés público, que a lo sumo se toma como latiguillo infecundo que redondee retóricamente la pertinencia de la aplicación al caso de alguna de las normas que previamente se han definido como tuitivas para uno u otro o los dos grupos de interesados que se han señalado.

El sistema autorregulador del que ahora tratamos toma como punto de partida el que acabamos de presentar y para justificarse como tal sistema aduce que al establecer conductas apropiadas o correctas y al imponerlas se evita un juego sucio en la competencia que viene a redundar en beneficio de consumidores pero también de competidores. Sucede sin embargo que, siendo como es erróneo el punto de partida, errónea ha de ser la conclusión. Y en esta materia el error en la conclusión supone en la práctica nada menos que una profunda disfunción en el juego de la competencia y, por ende, una lesión al interés público, sin olvidar la distorsión del orden constitucional.

El error al que me refiero consiste en no extraer las debidas consecuencias de la unidad del bien protegido por cualquier norma relativa a la competencia; error al que inevitablemente se une el previo del que este otro deriva y que se refiere a la noción misma de la competencia mercantil. Porque si de ésta se tiene el concepto que en verdad le conviene puede captarse sin dificultad que en realidad los actos que se proscriben bajo la aparente protección de la competencia libre son precisamente actos de competencia, de modo que al prohibirlos o someterlos a sospecha por impedir o restringir la competencia se está impidiendo el juego de la competencia, y lo que es más sensible, del propio mercado. Pero al mismo tiempo a partir del correcto concepto de competencia puede apreciarse que los actos que se dicen ser de competencia desleal no son propiamente actos competitivos. A semejantes paradojas conducen los errores intelectuales también en el derecho.

Debo señalar que pueden darse razones derivadas de los principios de prudencia para establecer textos legales *antitrust*. En particular se puede alegar en su favor que su aplicación evita los males que pudieran seguirse de los retrasos que se producirían de confiar la corrección de lo indebido al propio mercado. No se duda desde luego de que el mercado corregiría la situación de la que dimanaban abusos monopolísticos por ej., pero hasta que se produjera la acción correctora continuarían esos abusos. La cuestión de elegir entre una y otra posibilidad ha perdido, a mi juicio, mordiente desde el momento en que actualmente el derecho ha cedido terreno al mercado al prescindir en ciertos casos de la autorización previa para poder establecer determinados acuerdos entre empresas.

Pero dejemos el ámbito de la defensa de la competencia para pasar al de la competencia desleal que es aquél en el que opera el sistema autorregulador que nos interesa. Como ya

hemos dicho, los actos subsumibles en las conductas que se reputan desleales no son de suyo actos de competencia. Presidida ésta por el principio de soberanía del consumidor, es perfectamente comprensible que el interés de consumidores se erija en el paradigma de la competencia misma. Pero ese interés ni se separa ni, mucho menos, se enfrenta al de los competidores; el de este grupo coincide con el del otro en el buen funcionamiento del mercado, es decir, en que la competencia opere, para así poder satisfacer cada uno su propio interés que para los consumidores reside en potenciar su capacidad de elección entre propuestas variadas dirigidas a satisfacer sus necesidades según su propia decisión; los competidores están interesados en que opere la competencia pues que sólo así será fiable la información suministrada por el mercado y podrán confiar en el acierto del cálculo que le es imprescindible para continuar o suspender su actividad empresarial reaccionando, en todo caso, como proceda. Cabalmente por esta satisfacción que produce la competencia tanto a consumidores como a competidores, aunque sea de distinta manera, con la consecuencia que se sigue de ello tanto en referencia a la generación de riqueza como respecto de su más eficiente aplicación se habla en general de que la competencia responde a un interés público.

Conviene decir que no se minusvalora la realidad que acredita que en no pocas ocasiones, por no decir, todas, los propios competidores ponen trabas a la competencia. Se tratará precisamente de aquellos que ocupando ya una confortable situación en el mercado se contentan con conservarla con un incremento puramente vegetativo en el mejor de los casos. Pero ni los actos que lleven a efecto con la finalidad de trabar la competencia como tampoco los que realicen como manifestación de su actividad pueden en rigor considerarse actos de competencia; son actos que sólo tienen que ver con la competencia en cuanto ésta resulta lesionada, son actos que por contravenir el sistema de mercado competitivo son actos ilícitos. Ciertamente que a actos de ese género se refiere el derecho *antitrust*, pero se le puede oponer que no necesariamente todos los actos recogidos en las leyes de defensa de la competencia son ilícitos por contravenirla, puesto que por su naturaleza son actos en principio orientados a la eficiencia del mercado y, por lo tanto, al interés general; sucede no obstante que tales actos en ocasiones, habida cuenta la estructura del mercado y otras circunstancias, pueden ocasionar una lesión a la competencia. En tales casos podría decirse que esos actos no son propiamente de competencia.

Pero desde luego no lo son los actos recogidos en la ley de competencia desleal. Porque no es de competencia el acto que no se orienta según el paradigma del principio de soberanía del consumidor. Se atenta contra ese paradigma siempre que la decisión de secundar la iniciativa del otro con la contrapartida propia no se deje por completo al cuidado de su libertad sino que, por el contrario, sea fruto de coacción, física o moral, y ya se manifieste ésta en el proceso de maduración del juicio que precede a la elección ya lo haga en referencia directa a la ejecución del acto. Pero la ausencia de coacción si es condición necesaria para la libertad no es sin embargo suficiente. Porque la ausencia de coacción no garantiza el acierto en la elección en el sentido de consistencia de lo elegido con lo realmente querido. La inconsistencia se producirá en todos los supuestos en que el juicio que precede a la decisión se sustente en premisas erróneas respecto del grado de satisfacción que se puede esperar del producto o servicio por sí mismos o por las cualidades de quien lo dispensa. Los actos de engaño se suman a los de confusión, a los de denigración, a los de aprovechamiento de la reputación ajena y a los de aprovechamiento del esfuerzo de otro como, en general, cualesquier otro que vaya

contra la buena fe en el mercado. Todos los actos tipificados en la ley de competencia desleal lo mismo que los que pudieran cobijarse bajo su cláusula general obedecen fundamentalmente a su carácter atentatorio de la soberanía del consumidor, al margen puede además dejarse si se quiere aquellos actos que lesionan directamente un interés público distinto del que recubre el interés de los consumidores, tal como sucede p. ej. con los actos realizados con contravención de normas y que, por lo mismo, acaso merecerían asentarse entre normas de disciplina del mercado

Es verdad que los actos de competencia desleal se producen con ocasión de la actuación en el mercado y, por tanto, con ocasión de competir; no menos verdad es que tales actos infieren daño al mercado, pero también es verdad que ninguno de tales actos son actos de competencia y que, por consiguiente, denominarlos como se hace induce al error de creer que a medida que se ensanche el elenco de aquellos actos se robustecerá la protección de consumidores y usuarios. Esta actitud está implícita el sistema de autorregulación de que tratamos aquí. No se trata de actos de competencia desleal, sino de actos ilícitos con ocasión de la competencia o, si se quiere, actos ilícitos concurrenciales.

En tanto que actos ilícitos merecen el reproche por parte del derecho. Incluso, aunque son ilícitos de peligro, no puede descartarse que lleguen a causar lesión a consumidores o competidores, en cuyo caso necesario será el oportuno resarcimiento. Sólo a estos efectos puede hablarse de actos de competencia desleal que lesionen el interés de los competidores, porque siempre y en cuanto ilícitos de peligro los actos causan injuria al interés público en el buen funcionamiento del mercado.

Pero interesa subrayar que la calificación que corresponde a la serie de actos mal calificados como de competencia desleal es la de actos ilícitos, que si pueden constituir una categoría específica es en gracia del bien cuya lesión determina su antijuridicidad. Tratándose de la competencia que se ejerce en el mercado, la antijuridicidad que hace ilícitos los actos tiene que ser contorneada con finura dado que aquel ejercicio tiene a su favor en principio el amparo del derecho, sólo cuando resulte inequívoca la lesión a la competencia estará justificado tener por ilícito el acto en cuestión.

Llegados a este punto, parece innecesario detenerse en consideraciones más pormenorizadas que habrían de conducirnos a objetar el sistema de autorregulación de que estamos tratando a causa de que las normas acaban por imponerse a quienes no han manifestado su voluntad de sujetarse a ellas; la eficacia que se autootorga -lamentablemente con el reconocimiento de muchos agentes jurídicos, incluidos los tribunales- el sistema lleva a que sus normas y las resoluciones consiguientes se hagan notar como heterónomas, lo que supone un sarcasmo considerable. El carácter heterónomo del sistema enmascarado de autonomía se puede deducir sin dificultad de todo cuanto se ha dicho hasta aquí.

Vistas las cosas como aquí se propone, forzoso es reconocer que el sistema de autorregulación de las comunicaciones comerciales no encuentra acomodo dentro de nuestro sistema jurídico. Por su inconsistencia con el orden constitucional definido por la constelación de los derechos fundamentales, con la constitución económica, con el sistema de fuentes de nuestro derecho, con los conceptos intelectualmente correctos de mercado, de competencia mercantil y de acto ilícito.